

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

GUSTAVO ASSED FERREIRA

MARIA TEREZA FONSECA DIAS

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Gustavo Assed Ferreira; José Sérgio da Silva Cristóvam; Maria Tereza Fonseca Dias - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-404-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Administração. 3. Gestão. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública II”, reunido no XXVI Encontro Nacional do CONPEDI em BRASÍLIA, reúne um conjunto de artigos de destacada qualidade acadêmica e inquestionável relevância prática, com estudos de mais de duas dezenas de pesquisadores de diversas regiões do país.

Afora o apuro intelectual dos artigos, ressaltamos que os comunicados científicos e as discussões trouxeram debates sobre as mais diversas temáticas do Direito Administrativo, envolvendo alunos de mestrado e doutorado, professores e profissionais, que apresentaram suas contribuições de forma respeitosa e sob o signo de uma perspectiva dialógica horizontal, democrática, aberta e plural. Os artigos ora publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. DIREITO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL: O DEVER DE PONDERAÇÃO PROPORCIONAL E A RELATIVIZAÇÃO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO;
2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA: OS CONSELHOS GESTORES COMO INSTRUMENTOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR;
3. DESENVOLVIMENTO E DESIGUALDADE: FUNÇÃO DO DIREITO E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS ANTE A EXISTÊNCIA DA CORRUPÇÃO NO BRASIL;
4. CONSOLIDAÇÃO DE VALORES ÉTICOS NAS EMPRESAS ESTATAIS E O COMBATE À CORRUPÇÃO: PRÁTICAS PARA EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS SOCIALMENTE RESPONSÁVEIS;
5. A DEFESA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL;
6. A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI Nº 8.429/92) E OS AGENTES POLÍTICOS: DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA;

7. A NOVA GESTÃO PÚBLICA: UM DESAFIO A SER ENFRENTADO NA ATUAL CONJUNTURA NACIONAL PELAS POLÍTICAS PÚBLICAS;
8. ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À SAÚDE: A QUEBRA DOS PRINCÍPIOS SENSÍVEIS E ORGANIZATÓRIOS DO ESTADO BRASILEIRO;
9. A EXPERIÊNCIA DAS ESCOLAS CHARTER NORTE-AMERICANAS COMO SUBSÍDIO PARA A PROPOSTA DE GESTÃO PRIVADA NO ENSINO PÚBLICO BRASILEIRO;
10. A EXIGÊNCIA DE CERTIFICAÇÃO DE QUALIDADE NOS CERTAMES PÚBLICOS COMO OFENSA AO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA;
11. A LEI 12.462/11 E O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – RDC: UMA INOVAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO;
12. A RESPONSABILIZAÇÃO DO PARECERISTA JURÍDICO EM PROCESSOS LICITATÓRIOS EM RELAÇÃO À FASE INTERNA;
13. A RESPONSABILIDADE POR PARECERES EM LICITAÇÕES E A LIBERDADE PROFISSIONAL;
14. AS DIMENSÕES LIBERAIS E REPUBLICAS NA DESAPROPRIAÇÃO: UMA ANÁLISE DOS INTERESSES PÚBLICOS E PRIVADOS;
15. A PREVENÇÃO AO DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS E A INSTRUMENTALIZAÇÃO DAS AÇÕES REPRESSORAS: O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES DE CONTROLE;
16. A EFETIVIDADE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO COMO ÓRGÃO AUXILIAR DO CONTROLE SOCIAL;
17. OS LIMITES DA COMPETÊNCIA NORMATIVA DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) FACE AOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO.

Como visto, trata-se de um conjunto de temáticas marcadas pela interdisciplinaridade e profunda contemporaneidade dos debates afetos à atividade administrativa e à gestão pública, inclusive com a potencial condição de apontar rumos para a pesquisa e o debate sobre as candentes discussões relacionadas ao Direito Administrativo na atualidade.

De nossa parte, sentimo-nos profundamente honrados em participarmos na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho, com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e demais participantes do GT.

Parabéns ao CONPEDI, pela qualidade do evento e pela afetuosa acolhida em todo o período desse relevante momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito.

Esperamos que os leitores apreciem.

Fraternal abraço,

Brasília, julho de 2017.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Prof^a. Dr^a. Maria Tereza Fonseca Dias – Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)
/Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC)

Prof. Dr. Gustavo Assed Ferreira – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP

**A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI Nº 8.429/92) E OS AGENTES
POLÍTICOS: DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL ENTRE O SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**THE ADMINISTRATIVE IMPROBIT LAW (LAW Nº 8.429/92) AND POLITICAL
AGENTS: JURISPRUDENTIAL DIVERGENCE BETWEEN THE SUPREME
COURT AND THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE**

Kelly de Souza Barbosa ¹
Lucas De Souza Lehfeld ²

Resumo

Conquanto a Lei nº 8.429/92 discipline os procedimentos e sanções aplicáveis àqueles que praticam atos contra a probidade administrativa, a Lei nº 1.079/50 e o Decreto-Lei nº 201/67, aplicáveis aos agentes políticos, também o fazem. Destarte o presente trabalho tem como problemática as orientações jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicação da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos. Utilizando as técnicas dedutiva e descritiva e as pesquisas documental e bibliográfica foram desenvolvidos 2 (dois) capítulos, concluindo que a interpretação dos dispositivos contra a corrupção no país deve ser a mais ampla possível.

Palavras-chave: Agente político, Lei de improbidade administrativa, Jurisprudência, Tribunais superiores, Possibilidade

Abstract/Resumen/Résumé

Although Law nº. 8.429/92 governs the procedures and sanctions applicable to those who practice acts against administrative probity, Law nº 1.079/50 and Decree-Law nº 201/67, applicable to political agents, also do so. Thus, the present work has as problematic the jurisprudential orientations of the Supreme Court and the Superior Court of Justice regarding the application of Law nº 8.429/92 to the political agents. Using the deductive and descriptive techniques and the documentary and bibliographic research, 2 (two) chapters were developed, concluding that the interpretation of anti-corruption devices in the country should be as wide as possible.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Political agent, Law of administrative improbity, Jurisprudence, Superior courts, Possibility

¹ Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, bolsista CAPES/PROSUP. Advogada.

² Pós Doutor pela Universidade de Coimbra/Portugal. Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UNESP. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

Para a promoção e manutenção de um Estado de Direito Democrático calcado nos preceitos éticos de moralidade e probidade, os atos corruptos e corruptíveis praticados pelos próprios agentes públicos contra o patrimônio e erário públicos e a moralidade administrativa devem ser combatidos.

Haja vista que os agentes públicos são os responsáveis pela exteriorização da vontade estatal, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece como princípio fundamental da conduta e atuação dos agentes públicos a moralidade no exercício da função pública. Dentre eles, estão os agentes políticos.

Considerando que os agentes políticos atuam em altos cargos de chefia, o ordenamento jurídico nacional prevê que devem responder por crime de responsabilidade quando cometerem ato de improbidade administrativa.

Todavia, constatado o ato improprio e considerando as orientações jurisprudenciais dos principais tribunais superiores quanto à aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), qual a amplitude desta penalização?

Com uma abordagem metodológica dedutiva e descritiva, realizando pesquisa bibliográfica e documental com base em artigos científicos e doutrinas de relevância, Constituição Federal de 1988, leis e decisões judiciais, o presente artigo se sustenta em duas seções.

Na primeira, foram apresentados os aspectos legislativos e doutrinários sobre agentes políticos e a necessária observância dos princípios da moralidade e probidade no exercício da função pública.

Na segunda, abordou-se as características centrais da Lei de Improbidade Administrativa e a legislação sobre o crime de responsabilidade (Lei nº 1.079/50 e Decreto-Lei nº 201/67), analisando-se a sua correlação quanto à prática pelos agentes políticos de atos de improbidade, consoante a contribuição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Não obstante a Constituição brasileira de 1988 e a lei extravagante estipularem medidas contra os atos de improbidade administrativa praticados pelos agentes políticos, considerando os impactos graves que a corrupção vem causando ao país (v.g. Mensalão, Operação Lava Jato e outras investigações da Polícia Federal e Ministério Público Federal, em todas as Unidades da Federação), tais mecanismos legislativos devem ser interpretados de

forma a garantir os direitos fundamentais e respeito às diretrizes éticas no cumprimento do *múnus público*.

2 DOS AGENTES POLÍTICOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Dotado de soberania, seja nas relações internas ou externas, o Estado é um ente despersonalizado criado pela psique humana para reger a sociedade, a fim de assegurar um convívio regular e contínuo entre as pessoas. Em síntese, ele é constituído por três elementos centrais, são eles: o povo, o território e o governo (poder).

Considerando seus poderes precípuos (Legislativo, Executivo e Judiciário) exercidos de forma independente e harmônica, a consagração na Constituição Federal brasileira de 1988 (CRFB/88) da forma federativa e do regime democrático, a Administração Pública sujeita-se ao *rule of law* como princípio constitutivo.

Diferentemente das Federações clássicas, duais, a Constituição pátria vigente traz uma divisão tripartite, atribuindo autogoverno e autoadministração à União Federal, Estados-membros e Municípios, além de uma unidade federativa especial, o Distrito Federal. Pessoas jurídicas de direito público, cujas competências administrativas determinam a atuação funcional e seus limites, inclusive das entidades, órgãos e agentes públicos integrantes do governo brasileiro¹.

A Administração Pública, portanto, é a responsável por gerir e executar os serviços públicos, diretrizes para a organização social e, até mesmo, utilizando medidas intervencionistas no campo privado, para garantir a manutenção da ordem pública, em observância aos princípios administrativos², mister os colacionados no artigo 37, *caput* da CRFB/88, são eles os princípios³ da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

¹ “Autonomia, no seu sentido técnico político, significa ter a entidade integrante da federação capacidade de auto-organização, autogoverno e autoadministração.” (WILSON ACCIOLI *apud* CARVALHO FILHO, 2016, p. 7) CARVALHO FILHO explica que “no primeiro caso, a entidade pode criar seu diploma constitutivo; no segundo, pode organizar seu governo e eleger seus dirigentes; no terceiro, pode ela organizar seus próprios serviços.” (2016, p. 7)

² Estão ligados à Administração Pública os princípios da supremacia do interesse público, presunção de legitimidade ou veracidade, especialidade, controle ou tutela, autotutela, hierarquia, continuidade do serviço público, razoabilidade e proporcionalidade, motivação, segurança jurídica, proteção à confiança e boa-fé.

³ “A administração pública é norteada por princípios conducentes à segurança jurídica – da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. A variação de enfoques, seja qual for a justificativa, não se coaduna com os citados princípios, sob pena de grassar a insegurança”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Mandado de Segurança n. 24.872, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 30 jun. 2005, DJ 30 set. 2005).

Dada a amplitude e complexidade da atividade administrativa e que o Estado se “corporifica” no exercício de suas funções por órgãos, agentes e pessoas jurídicas, há 3 (três) situações organizacionais determinadas pelo sistema juspólitico-administrativo brasileiro: a centralização, a descentralização e a desconcentração administrativa.

Na centralização o Estado executa diretamente ou por intermédio de seus órgãos públicos e agentes administrativos integrantes da estrutura funcional suas tarefas institucionais (por exemplo, Governo do Estado adquire medicamentos na licitação); já na descentralização há a delegação para outrem realizar a atividade, logo o Estado estará agindo indiretamente através das Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.

Por fim, na desconcentração há a distribuição do serviço dentro da mesma pessoa jurídica, para melhor desempenho e organização, verifica-se nesta estrutura a hierarquização (por exemplo: no topo está o Ministério da Previdência Social, seguido pela entidade autárquica federal – Instituto Nacional do Seguro Social, depois pelas agências e, finalmente, pelos postos de atendimento).

A Administração Indireta abrange as pessoas jurídicas de direito público ou privado, também denominadas como entidades, criadas ou autorizadas pelo Poder Público (através de lei) para deterem a titularidade da execução de um serviço público ou mesmo exploração de atividade econômica.

Nos termos do art. 37, inciso XIX, da Constituição Federal de 1988 (CRFB/88), as principais entidades descentralizadas são as Autarquias, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e Fundações Públicas.

Por sua vez, integram a Administração Direta os órgãos internos dos próprios entes federativos que deverão prestar exclusivamente pelos seus agentes públicos determinado serviço público. Órgãos públicos “são centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem. São unidades de ação com atribuições específicas na organização estatal”. (MEIRELLES, 2016, p. 71-72).

O aparelho estatal é um ser ilógico e abstrato e, por isso, prescinde dos seus órgãos e entidades e estes, por sua vez, dos agentes públicos (com existência física no plano real, dotados de vontade e ação), para executarem *in concreto* as funções e deveres administrativos incumbidos pelo ordenamento jurídico.

A função administrativa “é aquela exercida pelo Estado ou por seus delegados, subjacentemente à ordem constitucional legal, sob regime de direito público, com vistas a alcançar os fins colimados pela ordem jurídica”. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 2).

Os detentores desta função⁴ no âmbito da Administração Pública⁵ são aqueles que integram o Poder Legislativo e, principalmente, o Poder Executivo, seja na Administração Direta ou Indireta.

O agente público é o ser biológico, com vida psíquica racional que realiza serviços ao Estado. Logo, é o elemento físico humano da Administração Pública. O conceito legal pode ser extraído do artigo 2º da Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Não obstante a divergência classificatória quanto aos agentes públicos, verifica-se que eles podem ser considerados como agentes políticos, servidores públicos⁶, militares e particulares em colaboração com o Poder Público, remunerados ou não, em caráter definitivo ou transitório e político ou jurídico, que manifestam a vontade volitiva do Estado.

Especificamente, quanto aos agentes políticos, verifica-se que eles detêm a capacidade de decidir as direções do Estado para a perseguição e consequente obtenção dos fins colimados pela Constituição ao próprio Estado, através de estratégias políticas. Eles possuem uma relação

⁴ Os poderes executivo, legislativo e judiciário possuem funções típicas diretamente relacionadas com a matéria de sua competência e, conforme disposição constitucional, funções atípicas, que estão mais relacionadas com as atividades fins dos outros poderes. A função típica do Poder Executivo é a administrativa, e esta mesma função é exercida pelo Poder Legislativo de forma atípica.

⁵ Administração Pública é uma expressão dúplice, pois possui o sentido objetivo que “exprime a ideia de *atividade, tarefa, ação*, enfim a própria função administrativa, constituindo-se algo que o governo quer alcançar” e sentido subjetivo que “indica o universo de órgãos e pessoas que desempenham a mesma função”. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 481).

⁶ “Estão dentro desta categoria os servidores estatutários, os empregados públicos e os temporários (também chamados de honoríficos). Os primeiros se referem aqueles que ingressam no serviço público pela posse, devidamente aprovados em concurso público de provas e títulos ou prova, conforme preconiza o inciso II, art. 37, da CRFB, e estão sujeitos ao regime instituído na Lei n. 8.112 de 11/12/1990 (Lei dos Servidores Públicos), com a perda do cargo somente em razão de sentença transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar (art. 22, da Lei n. 8.112/90). Quanto aos empregados públicos, regem-se as normas da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas) e são contratados por este regime. Exemplo disto são os empregados públicos do Caixa Econômica Federal, por esta se tratar de uma empresa pública. Por fim, os servidores temporários ou honoríficos como entendem Hely Lopes Meirelles, são aqueles que exercem funções por tempo determinado visando atender à necessidade pública, sem ter qualquer vínculo empregatício com o Estado, sendo colaboradores cívicos. Mesários, jurados, comissário de menores, são exemplos deste nível, os quais, frisa-se, exercem apenas uma função, mas, segundo o art. 2º da Lei n. 8.429/92, já podem ser classificados como agentes públicos e, desta maneira, sujeitos ativos da improbidade”. (WACHELESKI, 2016. p. 26-27).

jurídica estatutária com o Estado, nos ditames da Constituição e das leis extravagantes, vigorando um vínculo de natureza política.

Deste modo, os agentes políticos “são os titulares dos cargos estruturais à organização política do país, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado”. (MELLO, 2015, p. 253-254).

É incontestável que o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos Municipais e correspondentes auxiliares imediatos (Ministros e Secretários), os Senadores Federais, os Deputados Federais e Estaduais e os Vereadores são considerados como agentes políticos.

No entanto, comunga-se da ensinança de MEIRELLES⁷ (2016, p. 80) que amplia o conceito de agentes políticos, a fim de abarcar também todos aqueles que estão nos primeiros escalões do Governo com plena liberdade funcional e com normas específicas acerca da “chefia”, seja pela investidura em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação ou por eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais.

A par deste raciocínio, estariam nesta categoria de agentes políticos os Chefes do Executivo e seus auxiliares imediatos; os membros das Corporações Legislativas, do Poder Judiciário⁸, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas; os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com independência funcional.

2.1 A moral administrativa

Imprescindível que no exercício do *múnus publico* os agentes políticos além das disposições legais respeitem os princípios da Administração Pública, máxime o da moralidade administrativa (artigo 37, *caput* da CF/88 e artigo 4º da LIA).

⁷ Para o doutrinador os agentes políticos “são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais”. Eles possuem plena liberdade funcional e normas específicas seja para a sua escolha ou responsabilização criminal. (MEIRELLES, 2016, p. 80). Nessa categoria estão os Chefes do Executivo e seus auxiliares imediatos; os membros das Corporações Legislativas, do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas; os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com independência funcional.

⁸ Neste sentido, segue a decisão do STF: “A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual – responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições –, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. Legitimidade passiva reservada ao Estado”. [BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Recurso Extraordinário n. 228.977, rel. min. Néri da Silveira, j. 5 mar. 2002, DJ 12 abr. 2002].

Conquanto alguns doutrinadores não o considerem um princípio autônomo, coaduna-se com a explicação de DI PIETRO (2016, p. 108) de que a moral e o direito não se confundem e, por conseguinte, “licitude e honestidade seriam os traços distintivos entre o direito e a moral, numa aceitação ampla do brocardo segundo o qual *non omne quod licet honestum est* (nem tudo o que é legal é honesto).”

O princípio da moralidade deve ser observado nas relações entre administrador público e administrados (em uma concepção mais atual, cidadãos), assim como, do primeiro com os próprios agentes públicos, impondo aos exercentes de função pública que as suas condutas estejam balizadas pelos preceitos éticos.

Portanto, além do respeito ao disposto em lei consoante os critérios de conveniência, oportunidade e justiça, o agente público (*lato sensu*) no exercício da função pública deve averiguar o que é honesto do que não é, a fim de não incorrer na prática de uma conduta imoral. Ante o exposto justifica-se a sinonímia do princípio da moralidade com a Tríplice dimensão da legalidade.

O Princípio da Moralidade Administrativa é um postulado normativo, decorrente do princípio republicano da ampla responsabilidade estatal, que gera uma obrigação de resultado para o agente público, o qual deve observância à sua tríplice dimensão: a legal (legalidade estrita), a moral (honestidade, ética, lealdade) e a finalidade (conveniente ao interesse público), razão pela qual o chamamos de Tríplice Dimensão da Legalidade. (BRADBURY, 2008, p.7)

O princípio da moralidade administrativa goza de um conceito valorativo indeterminado ligado a noção do bom administrador que conhece e respeita a legalidade restrita e a em sentido amplo⁹, sendo essa premissa validadora da legalidade ou não de um ato ou conduta realizada no âmbito administrativo.

O princípio da moralidade administrativa – enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico – condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais. A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. [ADI 2.661 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 5-6-2002, P, DJ de 23-8-2002.]

⁹ A legalidade estrita corresponde a literalidade do que está prescrito em lei, em sentido formal, para a prática de algum ato; por sua vez, a legalidade em sentido amplo abrange não apenas a obrigatoriedade do que está previsto em lei para realização de um ato, mas também o que aduz os princípios e valores que compõem o ordenamento jurídico.

Ademais o referido princípio possui caráter ético-jurídico prenunciado no julgado da Suprema Corte acima, que foi melhor evidenciado na jurisprudência desta mesma Corte no *writ* mandamental (ou Mandado de Segurança) 27141 MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 22.02.2008.

Não se poderá jamais ignorar que o princípio republicano consagra o dogma de que todos os agentes públicos - legisladores, magistrados e administradores - são responsáveis perante a lei e a Constituição, devendo expor-se, plenamente, às consequências que derivem de eventuais comportamentos ilícitos. A submissão de todos à supremacia da Constituição e aos princípios que derivam da ética republicana representa o fator essencial de preservação da ordem democrática, por cuja integridade devemos todos velar, enquanto legisladores, enquanto magistrados ou enquanto membros do Poder Executivo. Não foi por outro motivo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar a extensão do princípio da moralidade - que domina e abrange todas as instâncias de poder -, proclamou que esse postulado, enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico, condiciona a legitimidade e a validade de quaisquer atos estatais: "A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais." (BRASIL, STF, 2008)

Dado que a moralidade administrativa é uma obrigação de resultado e não de meio, violar os preceitos éticos implica na violação do próprio direito e, conseqüentemente, na prática de atos ilícitos, caso em que se verifica a improbidade administrativa. Dispõe DI PIETRO:

[...] quando se fala em improbidade como ato ilícito, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sinonímia entre as expressões improbidade e imoralidade, porque aquela tem um sentido muito mais amplo e muito mais preciso, que abrange não só os atos desonestos e imorais, mas também e principalmente atos ilegais. (DI PIETRO, 2016, p. 975)

Tamanha a relevância da probidade administrativa que ela se tornou um dos parâmetros para definição de casos de inelegibilidade (artigo 14, §9º da CRFB/88) e o seu desrespeito é uma das hipóteses de suspensão dos direitos políticos (artigo 15, inciso V da CRFB/88). Todavia, a afirmativa abaixo transcrita de BRADBURY realizada em 2008 se mantém na atualidade, o que reforça a importância da discussão em tela.

Ocorre que, hoje, o que se verifica na Administração Pública, em geral, é o descaso e a inefetividade da moralidade administrativa. No senso comum de nossos gestores vigora a ideia de que o Princípio da Moralidade Administrativa é desprovida de imperatividade, sendo, tão-somente, uma diretriz hermenêutica-interpretativa, que

deve ser utilizada mais na teoria do que na prática. Tais administradores confundem a moral comum com a moral administrativa. Enquanto aquela é desprovida de imperatividade, gerando a sua violação, no máximo, uma sanção social, esta é norma jurídica e impõe a sua observação. (BRADBURY, 2008, p. 3)

Considerando que moral e probidade se equivalem no plano principiológico e que o desrespeito a tais diretrizes éticas pelos agentes políticos pode ter resultados sancionatórios diferentes, no próximo tópico analisar-se-á esse contexto à luz da Lei de Improbidade Administrativa.

2 A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os atos de corrupção são evidenciados desde a formação do Estado brasileiro. Ao analisar a evolução histórica da improbidade administrativa no Brasil, RODRIGUES (2016, p. 311) chegou à seguinte conclusão:

[O ato de corrupção] detém de uma infâmia cultural administrativa de seus antepassados. Mesmo com a chegada da independência, a corrupção não veio a ser combatida, mas sim, de forma modificada, onde os mesmos encontravam brechas para que pudessem estar burlando a Lei, mesmo que de forma simples, como o privilégio para parentes ou terceiros, de forma a obter prejuízos aos cofres públicos.

Não obstante as tentativas constitucionais e legislativas de robustecimento ao combate dessa mácula política e social, em razão do excerto acima e dos inúmeros escândalos descomunais envolvendo propinas, desvios de verbas públicas entre outros, que estão sendo desmascarados pela Operação Lava-Jato, por exemplo, denota-se o enraizamento cultural (e contínuo) da corrupção no Brasil.

Todavia, isso não significa que uma mudança não possa ser feita e os valores éticos reincorporados ao cotidiano dos brasileiros, mister quando se analisa a gestão pública. Destarte, com a promulgação da Constituinte de 1988 renova-se a esperança por um Estado mais escorreito, que respeita os direitos do cidadão e possui uma administração mais eficiente e transparente.

Assim, os agentes públicos que não se enquadrarem aos fundamentos axiológicos de moralidade e probidade no exercício da função pública deverão ser responsabilizados com sanções mais severas, conforme a novel legislação.

Neste contexto, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, notadamente conhecida como Lei da Improbidade Administrativa (LIA), foi promulgada com o objetivo de regulamentar o

artigo 37, §4º da CRFB/88, *in verbis*: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

Este diploma dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos de todas as esferas federativas nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração (in)direta ou fundacional.

A lei considera agentes públicos todos que estejam exercendo uma função pública por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função, tal como, aquele que embora não seja agente público, induza, concorra ou se beneficie de alguma forma do ato de improbidade (artigo 2º e 3º da LIA).

Para que o agente público ou o terceiro se enquadre como sujeito ativo na LIA e sejam responsabilizados pela mesma é necessária a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa). Por sua vez, são considerados sujeitos passivos pelo artigo 1º da LIA:

Artigo 1º. [...] a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual [...].

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Os atos de improbidade podem ser classificados em três espécies¹⁰, (a) os que importam enriquecimento ilícito (artigo 9º da LIA¹¹), (b) os que causam lesão ao patrimônio público (artigo 10 da LIA¹²) e (c) os que atentam contra os princípios da Administração Pública (artigo 11 da LIA¹³).

¹⁰ Frisa-se que a expressão ato de improbidade é um conceito vago, sendo que as condutas elencadas nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA são meramente exemplificativas.

¹¹ LIA, artigo 9º: “Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente (...).”

¹² LIA, artigo 10: “Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente (...).”

¹³ LIA, artigo 11: “Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente (...).”

Neste ínterim, reforça-se a diferenciação entre moralidade e probidade para efeitos da LIA, haja vista que a lesão ao princípio da moralidade administrativa é uma das hipóteses dos atos de improbidade administrativa previstos na lei.

A responsabilidade civil objetiva prescinde da comprovação cumulativa de 3 (três) elementos básicos, (a) a conduta humana omissa ou não – situação de fato -, (b) a ocorrência do dano ou prejuízo à vítima – resultado - e (c) o nexo de causalidade entre a situação de fato e o resultado.

Via de regra o Estado responde de forma objetiva, inclusive contra atos praticados pelos seus agentes, cabendo o direito de regresso contra estes últimos, como preceitua o artigo 37, §6º da CRFB/88, “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. ”

Também é possível extrair do referido artigo que os agentes públicos responderão de forma subjetiva, o que implica no aumento de mais um elemento para a comprovação da responsabilidade civil, qual seja, o elemento volitivo - dolo ou culpa - que a pessoa estava imbuída na situação de fato.

No entanto, está pacificado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁴ que quando se tratar de lesão ao princípio da moralidade administrativa é desnecessária a comprovação do elemento volitivo para a responsabilização do agente público.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 2797, julgada em 15.09.2005, sob a Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o Pleno do STF asseverou que a LIA possui natureza civil e não penal e, por conseguinte, não há foro por prerrogativa de função na ação de improbidade administrativa, muito menos são aplicados os princípios e diretrizes da legislação processual penal.

¹⁴ “ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESPESAS DE VIAGEM. PRESTAÇÃO DE CONTAS. IRREGULARIDADE. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ELEMENTO SUBJETIVO. DANO AO ERÁRIO. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. SANÇÃO DE RESSARCIMENTO EXCLUÍDA. MULTA CIVIL REDUZIDA. 1. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Precedente da Turma. 2. A aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade independe da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo tribunal ou conselho de contas (art. 21, II, da Lei 8.429/92). 3. Segundo o art. 11 da Lei 8.429/92, constitui ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, notadamente a prática de ato que visa fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência (inciso I), ou a ausência de prestação de contas, quando esteja o agente público obrigado a fazê-lo (inciso VI)”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial n. 880.662/MG, Rel. Min. Castro Meira, j. 15 fev. 2007, DJ 01 mar. 2007, p. 255).

Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, consoante o grau de reprovabilidade da conduta e do ato praticado pelo agente improbo, este responderá isolada ou cumulativamente pelas penas descritas do artigo 37, §4º da CRFB/88 combinado com o artigo 12 e incisos da LIA.

A advertência sobre a simultaneidade da aplicação de sanções com naturezas diversas somadas às penas descritas no artigo 37, §4º da CRFB/88 é corroborada pela parte final do artigo constitucional supracitado que assevera “sem prejuízo da ação penal cabível” – logo, se o legislador constituinte quisesse interpretação díspar teria expressamente mencionado. Neste contexto, urge transcrever o trecho da decisão do STF na ADI 409, Relator Ministro Ayres Britto, julgada em 2009:

[...] a probidade administrativa é o mais importante conteúdo do princípio da moralidade pública. Donde o modo particularmente severo como a Constituição reage à violação dela, probidade administrativa [...]. É certo que esse regramento constitucional não tem a força de transformar em ilícitos penais práticas que eventualmente ofendam o cumprimento de deveres simplesmente administrativos. Daí por que a incidência da norma penal referida pelo Ministério Público está a depender da presença de um claro elemento subjetivo – a vontade livre e consciente (dolo) – de lesar o interesse público. Pois é assim que se garante a distinção, a meu sentir necessária, entre atos próprios do cotidiano político-administrativo (controlados, portanto, administrativa e judicialmente nas instâncias competentes) e atos que revelam o cometimento de ilícitos penais. E de outra forma não pode ser, sob pena de se transferir para a esfera penal a resolução de questões que envolvam a ineficiência, a incompetência gerencial e a responsabilidade político-administrativa. Questões que se resolvem no âmbito das ações de improbidade administrativa, portanto. (STF, 2009).

Embora o ato de improbidade por si só não enseje a prática de crime, ele pode corresponder a alguma conduta definida em lei como criminosa e, neste último caso, não há óbice para que o ato seja objeto de ação civil própria (conforme diretrizes da LIA e/ou da Lei de crimes de responsabilidade) em concomitância com a ação penal.

Em síntese, as penas pelos atos administrativos ímprobos abarcam a indisponibilidade de bens, perda dos bens ou valores acrescidos pelo ato, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios e ressarcimento ao erário.

Frisa-se que o ressarcimento ao erário não é apenas uma punição, mas uma consequência direta e imediata da prática do ato improbo, logo, as ações que visam receber essa quantia são imprescritíveis (artigo 34, §5º da CRFB/88).

A ação judicial de improbidade administrativa tem natureza de ação civil pública, aplicando-se a Lei nº 7.347/89 (Lei da Ação Civil Pública) em tudo que não contrariar a LIA.

Corroborar com essa afirmativa, o artigo 129, inciso III da CRFB/88 que consagra como uma das funções do Ministério Público a promoção da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos.

No trâmite processual a LIA prevê a possibilidade de medidas cautelares, como a indisponibilidade de bens, na hipótese de enriquecimento ilícito (artigo 7º); sequestro, quando houver indícios suficientes de responsabilidade (artigos 300 a 302 do atual Código de Processo Civil e artigo 16 da LIA); investigação, exame e bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior (artigo 16, §2º); e afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função (artigo 20).

Ademais, a ação terá o rito ordinário e uma vez interposta no Poder Judiciário é vedada a transação, acordo ou conciliação (artigo 17, §1º da LIA), dada a importância do patrimônio público e as diretrizes do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Vencidas essas noções ímpares acerca da LIA e considerando o disposto no artigo 37, §4º e o aparente conflito com o artigo 85, inciso V, ambos da CRFB/88, defronta-se a possibilidade de aplicação desta lei aos agentes políticos. Primeiramente, crime de responsabilidade pode ser conceituado como:

[O]s crimes de responsabilidade são infrações político-administrativas, consistentes em condutas politicamente indesejáveis e violadoras da Constituição, definidas em lei, cometidas por agentes políticos no desempenho de seu mandato, que atentem contra valores político-administrativos, submetidos a um julgamento feito por órgão político ou legislativo e sujeito às sanções impostas na lei e de natureza política, com a perda do cargo e a inabilitação do exercício da função pública por um tempo determinado. (BATISTI; PIMENTA, 2015, p. 127)

O artigo 85, inciso V, da CRFB/88 prevê que o Presidente da República comete crime de responsabilidade quando pratica atos contra a probidade na administração. Há na Lei nº 1.079/50 um capítulo¹⁵ próprio sobre os atos considerados ímprobos e que ensejam o crime de responsabilidade.

¹⁵ Lei nº 1.079/50: “CAPÍTULO V - DOS CRIMES CONTRA A PROBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO. Art. 9º São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração: 1 - omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos do Poder Executivo; 2 - não prestar ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior; 3 - não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição; 4 - expedir ordens ou fazer requisição de forma contrária às disposições expressas da Constituição; 5 - infringir no provimento dos cargos públicos, as normas legais; 6 - Usar de violência ou ameaça contra funcionário público para coagi-lo a proceder ilegalmente, bem como utilizar-se de suborno ou de qualquer outra forma de corrupção para o mesmo fim; 7 - proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decôro do cargo”.

A Lei nº 1.079/50 que define e regula o processo dos crimes de responsabilidade no artigo 4º, inciso V, reafirma a hipótese constitucional supra e amplia o rol dos sujeitos ativos, haja vista que inclui¹⁶ o(s): Ministros de Estado; Ministros do Supremo Tribunal Federal; Procurador Geral da República; Governadores dos Estados e seus Secretários; Presidentes, e respectivos substitutos quando no exercício da Presidência, dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Contas, dos Tribunais Regionais Federais, do Trabalho e Eleitorais, dos Tribunais de Justiça e de Alçada dos Estados e do Distrito Federal, e aos Juízes Diretores de Foro ou função equivalente no primeiro grau de jurisdição.

Também serão responsabilizados pela Lei nº 1.079/50 o(s) Advogado-Geral da União; Procuradores-Gerais do Trabalho, Eleitoral e Militar, Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, e aos membros do Ministério Público da União e dos Estados, da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, quando no exercício de função de chefia das unidades regionais ou locais das respectivas instituições.

Por sua vez, o Decreto-Lei nº 201/1967 define os crimes de responsabilidade cometidos por Prefeitos e Vereadores Municipais, e dentre eles está a prática de atos de improbidade, conforme o artigo 1º e 7º, inciso I.

Conquanto a expressão crime remeta à legislação criminal, o crime de responsabilidade tem natureza jurídico-política, tanto que alguns agentes políticos, como o Presidente da República, são julgados pelas Casas Legislativas. Sintetiza BATISTI e PIMENTA:

A prática do crime de responsabilidade enseja responsabilização do agente político mediante existência de um processo adequado e justo, denominado de processo de *impeachment*, o qual é o instituto de responsabilidade constitucional de agentes políticos, por meio do qual o Poder Legislativo avalia politicamente se a conduta do governante é atentatória aos interesses nacionais. (2015, p. 128)

Assim como na LIA, nas leis de crimes de responsabilidade não há impedimento para a persecução sancionatória pelas outras esferas, seja cível, administrativa ou criminal, logo é plenamente possível e corriqueira a concomitância dos processos e de sanções de natureza diversa ao mesmo agente.

¹⁶ Vide artigos 2º; 39-A, §1º; 40; 40-A, Parágrafo Único e art. 74 da Lei nº 1.079/1950.

Ressalta-se que apenas não prevalecerá a independência das esferas sancionatórias administrativa e civil quando o agente for absolvido na esfera penal por inexistência de fato ou negativa de autoria.

Portanto, não há que se considerar repetição punitiva contra o agente político responsabilizado pela LIA e pelas leis de crime de responsabilidade, pois, reforça-se, as sanções possuem natureza jurídica diferentes, a primeira é civil e a segunda eminentemente política-administrativa.

Esse entendimento de inoccorrência de *bis in idem* na sanção cumulativa da LIA com a legislação acerca do crime de responsabilidade contra os agentes políticos está pacificado pelo STJ em inúmeras decisões, como depreende-se do: Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1243779/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 25/09/2013, DJe 07/10/2013; Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1182298/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Tuma, julgado em 17/03/2011, DJe 25/04/2011¹⁷; Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1216168/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 19/11/2013, DJe 27/11/2013; e vem sendo reiterado na atualidade:

EMENTA: [...] III - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual o conceito de agente público estabelecido no art. 2º da Lei n. 8.429/92 abrange os agentes políticos, como prefeitos e vereadores, não havendo *bis in idem* nem incompatibilidade entre a responsabilização política e criminal estabelecida no Decreto-Lei n. 201/67, com a responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa e respectivas sanções civis. (Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.300.764-SP, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma do STJ, julgado em 02/06/2016, DJe 09/06/2016)

Todavia o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação 2138/DF, julgada em 17.07.2007, decidiu que os agentes políticos não se submetem à jurisdição comum da LIA,

¹⁷ “ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VEREADOR. CRIME DE RESPONSABILIDADE. RECLAMAÇÃO 2.138/DF. EFEITOS INTER PARTES. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. LEGITIMIDADE PASSIVA. RECURSO PROVIDO. (...) 2. “Não há qualquer antinomia entre o Decreto-Lei 201/1967 e a Lei 8.429/1992, pois a primeira impõe ao prefeito e vereadores um julgamento político, enquanto a segunda submete-os ao julgamento pela via judicial, pela prática do mesmo fato” (REsp 1.034.511/CE). 3. Não há falar em ocorrência de *bis in idem* e, por consequência, em ilegitimidade passiva do ex-vereador para responder pela prática de atos de improbidade administrativa, de forma a estear a extinção do processo sem julgamento do mérito. 4. Recurso especial provido para restaurar a sentença condenatória”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp n. 1196581/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 16 dez 2010, DJe 02 fev. 2011). “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. EX-PREFEITO. APLICAÇÃO DA LEI 8.429/1992. COMPATIBILIDADE COM O DECRETO-LEI 201/1967. (...) 4. Sem prejuízo da responsabilização política e criminal estabelecida no Decreto-Lei 201/1967, prefeitos e vereadores também se submetem aos ditames da Lei 8.429/1992, que censura a prática de improbidade administrativa e comina sanções civis, sobretudo pela diferença entre a natureza das sanções e a competência para julgamento. Precedentes do STJ. 5. Agravo Regimental não provido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. AgRg no REsp n. 1182298/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 17 mar. 2011, DJe 25 abr. 2011).

haja vista a distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa e que os agentes políticos possuem uma legislação própria de responsabilização.

[...] O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, c, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). [...]. (Reclamação 2138, Rel. Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno do STF, julgado em 13/06/2007, DJe 17/04/2008)

Logo, os agentes políticos seriam processados e julgados exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal nas hipóteses de improbidade administrativa considerada no âmbito do crime de responsabilidade.

Em relação a esse julgado, AGUIAR adverte que não há hierarquia de competências¹⁸ entre os magistrados que justifique o não julgamento pelas instâncias ordinárias dos agentes públicos por ato de improbidade administrativa, consoante a LIA.

Parece-nos que a defesa da inimizabilidade dos agentes políticos à LIA faz transparecer muito mais um viés ideológico do que mesmo um de cunho científico. Com efeito, o temor das condenações por atos de improbidade administrativa dos altos dirigentes dos poderes executivo, legislativo e mesmo do judiciário aliado a desconfiança dos julgados dos juízes de primeira instância, cujo resultado seria “menos controlável” do ponto de vista político-ideológico, parecem ser as falsas premissas da irresponsabilidade dos agentes políticos em relação aos atos de improbidade e da propositada confusão entre ato de improbidade administrativa e “crime” de responsabilidade. (2010, p. 250-251)

DI PIETRO confronta a decisão do Supremo Tribunal Federal, pois o artigo 37, §4º da CRFB/88 de pronto estabelece que as sanções cabíveis ao ato improprio serão previstas em lei, sem prejuízo de ação penal cabível, e a improbidade administrativa e o crime de responsabilidade serão apurados por instâncias diferentes. Ademais, “nenhuma razão existe para que os agentes políticos escapem à regra, até porque, pela posição que ocupam, têm maior

¹⁸ O artigo 95, incisos I, II e III da CF/88 distribui as competências entre os órgãos do poder judiciário, sem qualquer menção ou induzimento à uma questão hierárquica das matérias. Para reforçar seu argumento, AGUIAR cita o seguinte trecho da doutrina de ZAFFARONI “Um poder judiciário não é hoje concebível como mais um ramo da administração e, portanto, não se pode conceber sua estrutura na forma hierarquizada de um exército. Um judiciário verticalmente militarizado é tão aberrante e perigoso quanto um exército horizontalizado”. (AGUIAR, 2010, p. 250)

compromisso com a probidade administrativa, sendo razoável que respondam com maior severidade pelas infrações praticadas no exercício de seus cargos”. (DI PIETRO, 2016, p. 989)

Conquanto a decisão tenha efeitos apenas entre as partes envolvidas, sem efeito vinculante generalizado (no caso, União Federal, Juízo Federal da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal e o ex-ministro de Estado Sardemberg), não há outra decisão da Corte que modifique pontualmente esse entendimento.

Pelo contrário, a posição vem sendo reiteradamente adotada, por vezes com contornos diferentes como ocorre na ADI 3.585-MC/RS¹⁹, Relator Ministro Celso de Mello, julgada em 02.06.2014, dado que apenas foi admitida a aplicação da LIA ao agente político, pois o mandato do ex-Governador havia cessado, impossibilitando o processamento pelo crime de responsabilidade.

O Superior Tribunal de Justiça²⁰ contraria a Corte e reforça o entendimento de que salvo o Presidente da República (que possui um procedimento próprio, conforme os artigos 85 e 86 da CRFB/88) não há norma constitucional que imunize os agentes políticos, sujeitos à crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, §4º da CRFB/88 e da LIA.

A possibilidade de tripla responsabilização do agente político pelo cometimento de ato de improbidade administrativa deve ser interpretada de forma extensiva, a fim de assegurar os princípios constitucionais administrativos, máxime os relacionados com a honestidade e a ética.

Dada os embaraços em torno da aplicação conjunta da LIA e da Lei sobre crimes de responsabilidade aos agentes políticos, mais especificadamente quanto aos Prefeitos Municipais, o STF em 30.08.2012 reconheceu a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 683.253-PA, sob Relatoria do Ministro Cezar Peluso, tendo como Relator do Acórdão o Ministro Gilmar Mendes.

Tenciona-se a mudança jurisprudencial da Suprema Corte para que a tese da distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa não prevaleça e que os precedentes do Superior Tribunal de Justiça mantenham o viés de salvaguarda da probidade administrativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

¹⁹ Vide Informativo do STF nº 761, de 29 de setembro a 3 de outubro de 2014.

²⁰ Vide a decisão do STJ (Primeira Turma) no Recurso Especial n. 1130584 PB 2009/0056875-1, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Data de Julgamento: 18/09/2012 e Data de Publicação: DJe 21/09/2012.

Dado que o Estado brasileiro é formado por seus entes federativos União, Estados, Distrito Federal e Municípios - pessoas jurídicas de direito público - no âmbito de suas respectivas competências, eles possuem autonomia para exercer e delegar (o que for possível) a função administrativa aos órgãos, entidades e terceiros para a executarem através dos agentes públicos.

Pertence a categoria dos agentes públicos, os agentes políticos, que desempenham, notadamente, altos cargos de chefia de natureza política, sendo responsáveis máximos pela vontade do Estado.

Indiscutivelmente são considerados como agentes políticos pela doutrina e jurisprudência o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos Municipais e correspondentes auxiliares imediatos (Ministros e Secretários), os Senadores Federais, os Deputados Federais e Estaduais e os Vereadores Municipais.

O exercício do *múnus publico* pelo agente político impõe a observância dos princípios da Administração Pública, principalmente o princípio constitucional da moralidade e/ou probidade administrativa, o qual preleciona o dever de honestidade em todos os atos administrativos e nas relações deste com a própria Administração e administrados.

Para salvaguarda e instrumentalização deste princípio foi promulgada a Lei de Improbidade Administrativa – LIA (Lei nº 8.429/92) que dispõe precipuamente dos atos considerados ímprobos, como àquele contrário à probidade administrativa, e suas respectivas sanções.

Destaca-se que assim como a LIA, as leis de crimes de responsabilidade (Lei nº 1.079/50 e Decreto-Lei nº 201/67) advertem que a prática do ato contra a probidade administrativa pelo agente político deve ser punido. Todavia, a LIA amplia o conceito de agente público, incluindo como sujeito ativo os agentes políticos.

Conquanto haja divergência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça quanto a incidência da LIA contra os agentes políticos, frisa-se que esta tem natureza cível e as leis de crimes de responsabilidade de natureza política-administrativa, sendo plenamente possível a concomitância dos processos e possíveis sanções.

Assim, deseja-se que a Corte Suprema siga os precedentes do Superior Tribunal de Justiça os quais asseveram que todos os agentes políticos - salvo o Presidente da República, pois possui procedimento próprio -, independente da prerrogativa de foro, venham a ser responsabilizados pelas diretrizes elencadas pela LIA.

Destarte, primando pelo princípio da indisponibilidade do interesse público e da moralidade/probidade administrativa, o Supremo Tribunal Federal deve aplicar a norma ampliando a persecução contra os atos ímprobos e não restringindo a sua incidência.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Tiago Antunes de. Responsabilização dos agentes políticos nos atos de improbidade administrativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 185, n. 47, p.247-257, jan/mar. 2010. Trimestral. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198670/000881222.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

BATISTI, Nelia Edna Miranda; PIMENTA, Júlia Acioli. A aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. *Revista do Direito Público*, [s.l.], v. 10, n. 3, p.119-140, 09 dez. 2015. Quadrimestral. Universidade Estadual de Londrina. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/23910/17605>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

BRADBURY, Leonardo Cacao Santos La. Princípio da Moralidade Administrativa ou Tríplice Dimensão da Legalidade: conceito, aplicação e abrangência. *Revista de Doutrina TRF4*: Porto Alegre, 24. ed., 02 jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/leonardo_bradbury.html>. Acesso em: 20 mar. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12 abr. 2016.

_____. (a). *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Lei da Improbidade Administrativa. Brasília: Senado, 1992. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 12 abr. 2016.

_____. (b). *Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950*. Lei dos crimes de responsabilidade. Brasília: Senado, 1950. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1079.htm>. Acesso em: 20 mar. 2016.

_____. (c). Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 2.183/DF*. Relator Min. Nelson Jobim. Data do Julgamento: 01 jun. 2007. Brasília. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/756839/reclamacao-rcl-2138-df>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

_____. (d). Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1300764 SP 2011/0307622-0*. Relator Min. Regina Helena Costa. Data do Julgamento: 01 abr. 2016. Brasília. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339904175/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1300764-sp-2011-0307622-0f>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

_____(e). Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 683.235-PA*. Relator Min. Cezar Peluso. Data do Julgamento: 30 ago. 2012. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4106277>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

_____(f). Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.797-2/DF*. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Data do Julgamento: 15 set. 2005. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

_____(g). Superior Tribunal Justiça. *Recurso Especial 880.662/MG*. Relator Min. Castro Meira. Data do Julgamento: 15 fev. 2007. Brasília. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=880662&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 18 abr. 2016.

_____(h). Superior Tribunal Justiça. *Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.300.764-SP*. Relator Min. Regina Helena Costa. Data do Julgamento: 02/06/2016. Brasília. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1516549&num_registro=201103076220&data=20160609&formato=PDF>. Acesso em: 18 abr. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

RODRIGUES, Frank Aguiar. A improbidade administrativa e a corrupção no serviço público. In: Revista Aporia Jurídica (on-line). *Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade CESCAGE*, Ponta Grossa, v. 1, 6. ed. v. 1, p. 307-323, jul/dez. 2016. Disponível em: <<http://www.cescage.com.br/revistas/index.php/aporiajuridica/article/view/74/68>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____(a). *A Constituição e o Supremo*. Artigo 37. Brasília: 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBD.asp?item=511>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

_____(b). *Informativo STF nº 495*. Brasília: 18 a 22 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo495.htm#transcricao2>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

_____(c). *Informativo STF nº 761*. Brasília: 29 de setembro a 3 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo761.htm>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

WACHELESKI, Marcelo Paulo; SILVA, Ana Gabriela Cubas. Improbidade administrativa e má gestão: Atipicidade da conduta na Lei nº 8.429/92. *Cad. Esc. Dir. Rel. Int.: UNIBRASIL*, Curitiba, v. 2, n. 25, p.24-33, jun/dez. 2016. Semestral. Disponível em: <<http://revistas.facbrasil.edu.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/860/820>>. Acesso em: 10 mar. 2017.